De

SUBTILITATIBUS QVORUNDAM JURIUM,

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE

QVAM

In Illuſtri

Academia Haſſo-Schaumburgica,

IN AUDITORIO JCTORUM

Ad diem Septemb. Anno MDCCIX.

Sub PRÆSIDIO

VIRI *Nobiliſsimi, Ampliſsimi & Conſultiſsimi*

DN. CONRADI LUDEKINGII,

J. U. D. & Profeſſ. Jur. Can. Ordin. Celeberr.

Publico Eruditorum Examini ſubmittere voluit

JOHANNES HENRICUS HARHOFF,

Suſato-Weſtphalus.

RINTELII,

Typis HERMANNI AUGUSTINI ENAX, Acad. Typogr. 1709.

246

Digitized by Google

DEO
ET
PATRIÆ.

Digitized by Google

I.

SErvus quidam à Domino fugitivus, nomine ex parte adumbratô *Barbarius Philippus*, Romam venit, ibique in ſolennibus inſtitutis Comitiis centuriatis, in quibus magiſtratus majores creabantur *teſt. Gell. lib.13 cap.14.p.501. Feneſt. de magiſtrat. Rom. lib.2. in princ.p.27.* Præturam petiit, & per ſub & obreptionem ex communi populi opinione & errore pro libero habitus inter cæteros Populi ſuffragio prætor eſt creatus, & primariam in urbe Roma præturam nactus, ubi quæſitum, an illa, quæ ab eo ſunt peracta, valeant? Et reſpondetur in *l.3.ff. de offic. prætor.* nihil eorum, qvæ geſſit, reprobari, de quo *vid. Struv. exer.4.th.25.* Quamvis verò, ſi hanc quæſtionem ex *Subtilitate Juris* dicidere vellemus, negativam amplecti deberemus, & dicere, quod talia acta & decreta illius Pſeudoprætoris valere & effectum habere non poſſent, dum hic falſus prætor jus dicere non potuit, cum ſolus magiſtratus juri dicundo & regendo præeſſe dicatur in *l.2.§.13.ff. de Orig. jur.* &, quod prætor conſtituit, nullam vim habeat, niſi propter honorem magiſtratûs *§.7. inſtit. de J. N. G. & C.* quem hic *Barbarius* non habuit, qvia non fuit prætor: Attamen, remotâ *illâ Subtilitate juris rigidioris*, dicitur in *dict. l.3.* talia omnia valere, quæ populus apud eum, tanquam legitimum judicem bonâ fide, aliàsque legitimô & præſcriptô juris ordi-

Digitized by Google

ordine geſſit: Et quidem non propter intrinſecam qualitatem, quam, quia falſus Prætor non habuit, nec ipſe tribuere potuit *arg. l. 4. §. ult. ff. de offic. pro conſ.* ſed propter utilitatem eorum, qui apud eum egerunt, vel *lege*, id eſt, ordinariò judiciò peractò, vel *quô alio jure*, ſcilicet extraordinariò, quò videlicet iſte prætor putativus jure magiſtratûs & ex officio ſuam authoritatem interpoſuit: Hoc enim eſt humanius & æquius, & bono publico utilius, ne lites reſuſcitentur, & decipiantur, qui populi fidem factumque ſunt ſecuti. vid. *Anton. Faber in Rational. ad h. l. 3. p. 55.* Nam in hoc caſu à jure ſtricto aliquatenus recedere publica ſvadet utilitas, & tranquillitas, cum paſſim in ſimilibus poſſit ex jure noſtro probari, multa in jure Civili contra rationem diſputandi pro communi utilitate eſſe recepta *l. 51. §. ult. ff. ad L. Aquil.* Et cur talia acta non valerent, cum etiam aliàs res benè geſtæ ex alieno delicto ſupervenientè non debeant fieri irritæ *l. 2. ff. de itin. actuque privat. l. 6. ff. de rebus auth. judic. poſſid.* Et cur tot actiones & lites juſtis ſententiis ſopitæ maximo Reipublicæ malo reſuſcitari, & tot Civium jura & poſſeſſiones ob tertii alicujus incidens maleficium turbari deberent. Et præterea hujus interpretationis benignioris fundamentum radicatur in Populi, aut ſummæ poteſtatis in Republica facultate & præſumta voluntate, quâ nixus præturam adminiſtravit. Unde etiam *Cicero in orat. Philipp. I. pag. 585.* de actis publicis *Julii Cæſaris*, qui per tyrannidem Rempublicam oppreſſeret, ita ſcribit: *Primùm igitur acta Cæſaris ſervanda cenſeo: non, quò probem: quis enim id quidem poteſt? Sed quia rationem habendam maximè arbitror pacis & otii.* Quod etiam de alterius ſimulatô regiô, aliusve dignitatis nomine actis & geſtis eſt ſtatuendum, teſte *Grotio lib. 1. cap. 4 num. 15.* Siquidem nota eſt hiſtoria anglica de *Perkino*, anglici regni Superiori ſeculo invaſore, triumque Regum illuſore, qui, narrante fuſius *Franciſco de Verulamio in Hiſtor. Henrici VII. Angliæ Regis p. 193.* pro *Richardo, Eboraci Edvvardi IV.* Angliæ Regis filio, ad cu-

cujus familiam jus regni ſpectabat, in turri Londinenſi necato, publicè ſe geſſit, & tanquam propior Coronæ ſupra dictum Regem *Henricum VII.* laudatiſſimum & tum temporis Anglici Regni moderatorem feliciſſimum impiô conſiliô Regno exuere deſtinavit, ſed tandem artificioſiſſimus ille impoſtor captus & detractâ fraudis larvâ capitali ſupplicio affectus eſt. Nec minus nota eſt hiſtoria de *Oliverio Cromvvellio*, qui poſt mortem *Caroli I*, ante ſuum Palatiũ *Whitehall* die 30. Jan. Anno 1649. decollati, in ſpeciem *Protectoris* Angliæ (qvod vocabulum jam olim in Anglia fuit uſitatum, ſicuti *Eduardi VI.* Tutor, qui erat Pro-Rex Angliæ, dictus eſt Angliæ Protector, & alii itidem dicti) fuit electus, eôqve ſub nomine dominatum exercuit, *de quo vid.* der Engelländ. *Florus pag.* 430. & *Theſaurus Rerumpubl. part.* 2. §.16. & 17. *pag.* 563. *Caſpar. Sagitt. in breviar. ſuo hiſtor.* §.27. *pag.* 46. Et denique notum eſt, quod, citante *Stammio in tract. de ſervit. perſon.* de tribus unô eôdemqve tempore Papis, nimirum de *Gregorio XII*, *Johanne XXIII.* & *Benedicto XIII.* ſub *Carolo VIII.* ſcribit *Paulus Æmilius lib.* 10. *inſt.* 10. quod videlicet, etſi omnes tres in Concilio Conſtantienſi Anno Chriſti 1415. à patribus repulſam Pontificatûs tulerint, *Martinô V.* in Pontificem electô, de quo *vid. Joh. Micralius in hiſtor. Eccleſ. lib.* 3. *ſect.* 1. *p.* 550. & *Chriſtianus Kortholtus in hiſtor. Eccleſ. part.* 15. *cap.* 1. §.6. & 7. *p.* 610. tamen, ne talis interverſa Antipaparũ juriſdictio cuiquam noceret ſubditorum, acta eorum fuiſſent confirmata. Non verò rectè ex hoc textu *d. legis* 3. *de offic. prætor.* inducitur, communem errorem jus facere *Struv. exer.* 4. *th.* 25. *in fin.* Siquidem neque hoc ex dicta lege, neque ex aliis juris textibus probari poteſt, atque abſurdiſſimum eſt, jus noſtrum, quod ex certis præceptis, honeſtati atque publicæ utilitati convenientibus collectum eſt, & firmiſſimis rationibus innixum, ex variis erroribus gigni *l.* 39. *ff. de Legib.* de quo *vid. Bronchorſt.* Εναντιοφ. *cent.* 1. *aſſ.* 12. & *Coſtan. lib.* 2. *quæſt. illuſtr. cap.* 30. *Struv. exer.* 4. *th.* 25. *in fin.*

II. Pro-

Digitized by Google

II.

Procurator dicitur à procurando, & procurare eſt pro alio aliquid curare: Unde Procurator in genere eſt, qui aliena negotia mandato domini adminiſtrat *l. 1. princ. ff. de Procurat.* Hæc negotia ſunt vel *extrajudicialia*, vel *judicialia*: Ex quo dividitur Procurator ab objecto in Procuratorem ad negotia extrajudicialia adminiſtranda, de quo *t. t. ff. mandat.* vel ad lites gerendas, ſive ad agendum, ſive ad defendendum, ſeu, qui litem adminiſtrat, & vice domini, ejusque mandato litem inſtituit, aut ſuſcipit vid. *Hahn. ad Weſenb. tit. de Procurat. num. 1. Struv. exer. 7. th. 3. & 24.* Ubi notandum, quod jure antiquo unusquisque per ſe ipſum & in propria perſona in judicium venire, ſuamque cauſam agere deberet, adeo, ut ægrotantes jumento vel curru ad tribunal veherentur: Ratio verò, quod olim regulariter nemo alterius nomine agere vel ſuſcipere litem potuerit, erat, quod actus civilis & legitimus ipſas perſonas principales requireret *arg. l. 53. ff. de a. r. d.* A qua regula tamen excipiebantur tres caſus I. Si ageretur pro *populo*: Ratio, cum eſſet inconveniens, ut totus populus in curiam juris perſequendi cauſâ conveniret, eſſetque difficile, populum in unum locum convocare *§. 5. inſt. de J. N. G. & C.* ideo nomine communitatis Syndicus ad agendum admittebatur. II. Pro *libertate*: Ratio, qvia is, qui in ſervitute erat, & ad libertatem proclamabat, per ſe ipſum ſuſcipere judicium non poterat, unde alius pro vindicanda libertate admittebatur, qui vindex alienæ libertatis dicebatur. III. Pro *tutela*: Ratio, quia ipſe Pupillus non habet legitimam perſonam ſtandi in judicio; Ergo, ſi habeat aliquam cauſam, per tutorem, ſive procuratorem agere potuit. Qvibus caſibus acceſſit IV. ex *lege Hoſtilia*, quam *Aulus Hoſtilius* conſul tuliſſe putatur, teſte *Harprecht ad tit. inſt. de iis, per quos ager. poſſ.* nempe, ſi furtum eſſet factum illis, qui apud hoſtes eſſent, vel Reipublicæ cauſâ abeſſent, tunc illorum nomine quilibet poterat agere: Ratio, quia publicè erat utile, res abſentium

à qui-

à quibuſcunque defendi *l. 33. §. 2. ff. de Procurat.* Verùm, qvia ſæpe fieri poteſt, ut quis variis impedimentis, *Ex. grat.* vel morbo, vel ætate, vel peregrinatione &c. ne in judicium venire poſſit, diſtringatur, ideo ſucceſſu temporis cœperunt homines per Procuratores litigare *t. t. inſt. de iis, per quos ager. poſſ.* Et talis Procurator negotia loco domini gerit *l. 1. l. 35. ff. de Procurat.* & per litis conteſtationem fit dominus litis *l. 22. l. 23. C. eod.* ſcilicet reſpectu formalium & proceſsûs *Struv. exer. 44. th. 9.* Qvod inde fieri putat *Donell. lib. 18. comm. 2.* quod judicium accipiendo, & litem conteſtando, Procurator quaſi contrahat: Unde contumacia, dolus, & culpa procuratoris nocet domino *l. 10. in fin. C. h. t.* Nam Procurator, ſi poſt latam ſententiam intra decendium leuterare vel appellare ſuperſederit, vel terminum probatorium præterlabi, paſſus fuerit, tunc dominus, tempore excluſus, non eſt audiendus *l. 1. §. ult. ff. quand. app. ſit.* Vel ſi Reus per Procuratoris colluſionem, negligentiam, vel imperitiam ſit abſolutus, vel defenſor eôdem modô condemnatus, tunc hoc incommodũ nocet domino, viresqve ſententia accipit, & tantùm relinqvitur domino contra Procuratorem, non rectè gerentem, actio mandati *l. 8. §. 1. ff. mandat. l. 9. C. eod. l. 10. C. de Procur. Struv. exer. 7. th. 36. in fin.* In qua venit dolus & culpa leviſſima *Umm. diſp. 3. th. 8. num. 52.* nec poterit dominus reſtitui in integrum *arg. l. 13. §. ult. C. de Judic.* quia nuſpiam in jure hæc cauſa reſtituendi eſt propoſita, & ſibi imputet dominus, quod non magis idoneum elegerit: nam videtur dominus intuitu adverſarii in negligentiam Procuratoris conſenſiſſe, dum homini negligenti negotia commiſit: Niſi Procurator negligens non ſit ſolvendo: Quæ opinio multis præjudiciis confirmata, à quâ temerè non eſt recedendum *Umm. d. loc. Hartm. Piſtor. lib. 1. quæſt. 46. Gail. lib. 1. obſ. 45. & obſ. 139 num. 9. à Struvio d. exer. 7. th. 35. in contrarium alleg.* Quæ ſententia eſt æquior, & in foro recepta *Carpzov. p. 1. c. 1. d. 23.* Et deinde totus proceſſus in eum dirigitur, & quidem in tantum, ut

per-

Digitized by Google

perſona principalis in conſiderationem amplius non veniat, ſed omnia perinde tractentur, ac ſi negotium ad ipſum Procuratorem pertineret, ita, ut etiam Jure Civili ſententia in ipſum Procuratorem ſit ferenda *l.* 1. *C. de Sent. & interlot.* Quamvis hodie non amplius ſententia in Procuratorem, ſed in ipſum principalem feratur, niſi ſit cauſa famoſa *Gail. lib.* 1. *obſ.* 111. *num.* 2. *Mynſ. lib.* 6. *obſ.* 11. vel principali defunctô nomina hæredum ad Cameram nondum ſint delata *Receſſ. Imp. de anno* 1654. §. 99. Et denique domino acquirit actiones utiles *l.* 27. *l.* 28. *l.* 51. *l.* 61. *ff. de procurat.* ſiquidem domino ex ſententia, quam procurator obtinuit, datur actio, vel exceptio: Actio eſt duplex, una ex ſtipulatu, ſi procurator judicatum ſolvi à defenſore Rei eſt ſtipulatus, *Ex. grat.* Si procurator actoris ita interrogaret procuratorem Rei: Visne mihi ſolvere, in quod fueris condemnatus? Altera ex re judicata, ubi ipſe Reus eſt condemnatus *d. l.* 27. *l.* 28. *ff. eod.* Quas actiones, attamen utiles, non directas, actor conſequebatur ſine ceſſione *l.* 13. §. *ult. ff. de damn. in fect. l.* 5. *ff. de prætor. ſtipul.* Nam quia ſententia in procuratorem ferebatur, ideo competebat ipſi actio judicati directa ex *Subtilitate Juris Civilis*, ſed ſine effectu, quia poteſt per exceptionem repelli *vid. Brunnem. ad d l.* 28 *num.* 1. *ff. de procurat. Hillig. in Donell. lib.* 18. *cap.* 18. *lit. d.* Sed actori utilis cum effectu ſine ceſſione, id eſt, licet procurator actori talem actionem non ceſſerit, cum aliàs regulariter alteri per alterum obligatio non acquiratur ſine ceſſione *l.* 1. *C. per quas perſon.* ſicuti fit in extrajudicialibus, *Ex. gr.* Si mandatarius meus contraxerit, tunc mihi non competit actio ex tali contractu, niſi mandatarius mihi ceſſerit *Struv exer.* 7. *th.* 36. Non verò fit dominus negotii procurator intuitu commodi & incommodi ex tali litigio orientis, cum nec poſt litis conteſtationem ei poſſit ſolvi *l.* 86. *ff. de ſolut.* nec in eum actio judicati detur *d. l.* 86. *l.* 28. *l.* 61. *ff. de procurat. Struv. exer.* 7. *th.* 35. Unde, licet dominus ſolvendo eſſe deſierit, ut propter ejus inopiam actio ſit inanis,

tunc

tunc procurator nullô modô, ſive durante, ſive finitô officiô actio intentetur, obligationi ſubjacet, ſiquidem procurator de ſuo ſolvere & creditori ſatisfacere non cogitur *Dn. Mullerus ad Struv. exer. 7. th. 35.* Poteſtas verò procuratoris ex unius conſenſu, ſi res adhuc ſit integra *l. 3. C. mand. l. 16. ff. de procurat.* Sed ſi res non amplius integra, *id eſt*, ſi lis ſit conteſtata, vel ſatisdatio à procuratore ſit facta, judicatum ſolvi, tunc mutuô diſſenſu finitur *§. fin. inſt. Quib. mod. toll. oblig. Brunnem. ad l. 8. num. 12. ff. de procurat.* modò adverſarius non contradicat, cui ex litis conteſtatione jus quæſitum, qui cum hoc procuratore quaſi contraxit, unde ipſi invito alius non eſt obtrudendus: aut cauſæ cognitio inter veniat, nempe, ſi poſtea fiat ſuſpectus procurator, ut metus ſubſit, ne ex bona fide agat *l 8. §. fin. l. 17. & ſeqq. ff de procurat. cap. 13. X. de procurat. l. 25. ff. eod. Mynſ. cent. 5. obſ. 44. num. 5. Bachov. vol. 1. diſp. 9. th. 10. lit. e. Lauterbach. ad tit. de procurat. circa fin.* Deinde finitur poteſtas procuratoris morte domini re adhuc integrâ *§. 10. inſt. mandat. l. 26. princ. ff. de procurat. l. 15. C. mandat.* Sed ſi dominus moriatur lite conteſtatâ, tunc non finitur officium procuratoris, ſed ille citra novum mandatum hæredis litem peragere poteſt *l. 15. princ. ff. de procurat. l. 23. C. eod.* quia per litis conteſtationem novus quaſi contractus initus; qvi hæredem etiam ſtringit *Mynſ. lib. 2. obſ. 74.* Quod etiam hodie ſublatâ reaſſumtione obſervatur *Receſſ. Imp. de anno 1654. §.* Damit auch zum Vierdten. Nam olim quidem, ſi ante concluſionem cauſæ pars altera erat mortua, tunc citatio ad reaſſumendum in Camera decernebatur, ſed hæc litis reaſſumtio per *all. Receſſ. Imp. §. 93.* eſt ſublata: Unde in procuratoriis etiam hæredum mentio fieri debet, & tunc, ſi mandata concipiantur ſimul hæredum nomine, non exſpirat, mortuô principali, procuratoris officium, cum ipſi hæredes ſimul mandaverint *vid. Lauterbach. d. loc.* Interim, quamvis, uti ſupra dictum, procurator poſt litem conteſtatam fiat dominus litis, & totus proceſs' in eum dirigatur, & actiones domino acquirat utiles,

B tamen

250

ſamen illa omnia ad *Subtilitates Romanorum Judiciarias* pertinent, quarum uſus hodie non magnus eſſe videtur: nec opus eſt conſenſu adverſarii, ſi re non amplius integrâ mutuô disſenſu poteſtas procuratoris finiatur, quia, ſicuti mutuô conſenſu hæc poteſtas conſtituitur, ita eodem modô etiam naturaliter tollitur: Unde illa neceſſitas etiam ex *apicibus & Subtilitatibus* Romani proceſsûs fluebat.

III.

Edictum Prætoris (ſcilicet *Lucii Octavii*, ſicuti notat *Peretz in Cod. tit. de his, quæ vi metûsve cauſ. num. 2.* à quo etiam formula Prætoris Octaviana dicitur) *Quod metûs causâ geſtum erit, ratum non habebo:* ad eas conventiones, quæ in ſolenni bello & actu publico, aut publicâ guerrâ, vi metuque exprimuntur, non pertinet, ne bella in infinitum proferantur, aut eorum cauſæ nunquam ſubmoveantur. Aliud verô eſt, ubi vis infertur à latrone, vel pirata, ſicuti rectè non unô locô docet *Grotius lib. 2. cap. 11. §. 7. & lib. 3. c. 19. §. 5.* Ratio diverſitatis eſt, quod Civitates non utilitatis tantùm, ſed etiam honeſtatis causâ, coiverint *Ariſt. 3. pol. 6.* ubi dicit: *καλῶν πραξέων χάριν θετέον εἶναι τὴν πολιτικὴν κοινωνίαν, ἀλλ' οὐ τοῦ συζῆν*, honeſtarum actionum gratiâ ſtatuendum eſt conſtare civilem communitatem, & non tantùm convictûs causâ. Unde, qvicqvid ab ipſis fit, ut plurimùm præſumitur non injuſtum, & effectu ipsô juſtum cenſetur, cum ſine voluntate ſua bellantium nemo alium ferre judicem cogatur: Sed profeſſio latronum per ſe eſt infamis, quia ſcelera & malefacta pro ſuo ſcopo habet: Ideo, qvicqvid ab ipſis, & inter ipſos fit, plerumque injuſtum haberi debet: Eruditè itaque *Pufendorffius lib. 3. c. 6. §. 13.* argumentis *Hobbeſii c. 2. de Civ. §. 16.* etiam pacta metu inita cum latronibus ad ſe, vitamque ſuam redimendam, valida eſſe putantis, occurrit: Nam manifeſtum eſt, quod actus ejusmodi coactus ſecundum merum jus Naturale nō valeat; Quamvis enim coactè agens conſenſerit,

tamen

tamen ob delictum cogentis ad excitandam in coacto obligationem talis conſenſus non ſufficit: Ex quo conſequitur, quod in foro Civili coactus rem amiſſam ex jure antiquo vindicare, vel etiam pro ea conſervanda & aſſerenda exceptione, & replicatione juxta caſuum diverſitatem uti poſſit. Et porro certum eſt, quod taliter cogens perinde, ut fur vel raptor, ratione rei ablatæ teneatur, & quod adeo ex ſuo delicto actione perſonali poſſit conveniri. Et quamvis Romani talia naturalia admiſerint quidem, tamen ſui fori *tricis & Subtilitatibus* illa fœdarunt, cum tale negotium ſummo jure valere, & reſtitutione reſcindendum eſſe arbitrentur: Eſto enim, quod qualis qualis conſenſus in coacto reperiatur, tamen ad excitandam in eo obligationem non erit ſufficiens, cũ cogens ob delictũ juri ſibi acquirendo ſit inhabilis. Deinde etiam ab eodem *lib.4.c.2.* §.8. exceptio *Grotii lib.2.c.17.§.19. & lib.3.c.1.* §.19. ſcilicet, ſi accederet jurisjurandi religio, cum non homini tantùm, ſed etiam Deo obſtringeretur, adverſus quem nulla metûs exceptio eſſet, benè refellitur, ſiquidem tale juramentum nullam producit obligationem, quia juſtitia à parte exigentis deficit: Juramenta enim ſunt introducta, ut licitis & bonis actionibus inter homines firmitatem addant, non, ut ſceleribus ſuccenturientur *Pufend.lib.4.c.2.§.8. Thomaſius In jurispr. divina lib.2.c.9.§.31. Stryk. in not. ad Laut. tit. de jurejur. verb. ipſo jure nullum.* Sententia itaque *Grotii lib.2.c.13.§.15. & Auguſtini in Epiſtol.224.& 225.* quem *Simon in not. ad Grot. d.loc.* §.14. citavit, non eſt probanda, dum putant, quod etiam juramentum metu extortum eſſet obligatorium, ex erronea ratione, quia non perſona ſola reſpiceretur, cui juraretur, ſed is, qui juraretur, nempe Deus, dum homo non homini tantùm, ſed etiam Deo obſtringeretur, contra quem exceptio metûs non eſſet: Quis enim crederet, ut iterum *Pufendorff.d.loc.* §.8. dicit, Deum velle, ut Ego innocens meis bonis me ſpoliem, illaque in nebulonem impium conferam, ne ille ſceleratus gratis fieret, Et porro, Deus ratum

Digitized by Google

atque acceptum habet jusjurandum, in cujus favorem illud datur: jam verò, quô favore Deus proſequetur latronem, ſuarum legum contemptorem, & humani generis peſtem? Germanorum enim eſt proverbium emphaticum: **gedrungen Eyd/iſt Gottes leid**: Et *deinde* omnes concedunt, remitti poſſe jurisjurandi religionem ab illo, cujus causâ juratum eſt *l. fin. ff. Qui & à quib. man. c.2. X. de ſponſal.* Cujus nobile exemplum jurisjurandi *Alphonſo* M. à *Mauris* remiſſi anno 1085. apud *Rodericum lib.6.rer.Hiſpan.c.24.* legi poteſt: Imò certum eſt, in Civitatibus quoque hujusmodi juramentum à ſummo imperante vel auſpiciis ejus relaxari *Struv.exer.8.theſ.11. Carpzov.p.2.c.35.d.1.&3.* Unde concludendum, Deo principaliter, quippe tantùm ad teſtimonium & temerè fallentis vindictam vocato, obligationem non eſſe quæſitam, cum ſine ulla teſtis aut ſponſoris injuria fiat, ſi conſenſu eorum, qui inter ſe obligati ſunt, à contractu recedatur; multò magis, ubi obligatio Jure Naturæ eſt illicita. Et *denique* hujus juramenti invaliditatem etiam Jus Canonicum in *c.2.c.8.X. de Jurejur.* licet aliàs ſalvâ ſalute æternâ ſervari poſſit, aliique Scholaſtici apud *Struv.exer.17.th.16.* agnoſcunt, dum abſolutionem ab illo impetrari poſſe aſſerunt, quæ ſanè locum non haberet, ſi Deo jus eſſet quæſitum, quia ſine dubio nec Princeps, nec Papa jus Deo quæſitum aufferre poteſt, ſiquidem reverâ contradictionem illæ duæ aſſertiones involverent: Juramentum vi extortum obligat, & Deus exinde jus acquiſivit, & nihilominus tamen Princeps effectum obligationis ejusmodi tollere valet. Neque nobis illorum *Juris Subtilitas* placet, quamvis etiam ipſis Canonibus ſit probata in *cap. debitores 6. X. de Jurejur. & cap. ad audientiam 4. de his, quæ vi vel metûs cauſ.* ibique Canoniſtæ, qui jurantem poſſe momentaneâ ſolutione defungi putant, ita, ut liceret ipſi ſtatim vel per ſe, vel in ſubſidium, vocatô magiſtratu, ſolutum recuperare: Quæ ſanè eſt *inanis religioſitas*, cum perinde ſit, non ſolvere, & ſolutum confeſtim repetere: Quamvis hæc

non

non eò allata velimus, quaſi illis exprobrare velimus, qui teneræ conſcientiæ ſenſu ducti tale jusjurandum eſſe ſervandum arbitrantur.

IV.

Petitio hæreditatis eſt actio univerſalis, mixta, ex acquiſito jure hæreditario deſcendens, quâ hæres adverſus eum, qui pro hærede vel poſſeſſore poſſidet hæreditatem, contendit, ſe hæredem declarari, & hæreditatem ſuam eſſe, adeoque res hæreditarias cum omni cauſâ reſtitui *l. 9. l. 10. ff. de hæred. petit.* Ubi dicitur (1.) *Univerſalis:* quia ex jure in re Univerſali hæreditario oritur, quod comprehendit univerſum jus defuncti, tàm activum, q̃m paſſivum *l. 3. princ. ff. de bon. poſſ. l 32. ff. mandat.* Unde differt ab actione generali, ſicuti actione tutelæ & negotiorum geſtorum, quæ concernit objectum generale, & non arguit jus Univerſale. Dicitur (2.) *mixta:* Scilicet non ratione objecti, quaſi ſit rei & pœnæ perſecutoria ſimul *Ex. grat.* actio vi bon. raptorum *princ. inſt. vi bon. rapt.* & actio quod metus cauſa *§. 25. & §. 27. inſt. de act. Struv. exer. 8. th. 20. Bachov. tract. de act. diſp. 5. th. 25.* ſed ratione cauſæ efficientis proximæ, quatenus eſt realis & perſonalis, quia partim ex jure hæreditario univerſali, & partim ex jure ad rem propter perſonales præſtationes oritur *l. 15. l. 16. l. 18. ff. de hæred. pet. l. 22. §. 4. ff. famil. erciſc.* Unde in *§. 28. inſt. de act.* ad actiones bonæ fidei, quæ eſt qualitas tantùm actionum perſonalium, refertur *Struv exer. 10. th 41.* Dicitur (3.) *quà hæres:* Et quidem non tantùm, qui ex aſſe hæres eſt, ſed etiam locum habet, ſi pars hæreditatis petatur, quam etiam hac actione vindicare poteſt ab eo, qui pro hærede, vel pro poſſeſſore poſſidet *l 1. princ. & §. 2. ff. ſi pars hæred. pet.* Unde ſi duo poſſideant hæreditatem, & duo ſint, qui ad ſe partes pertinere dicunt, tunc non ſinguli à ſingulis petere debent, ſed unusquisque eorum ſuam partem à ſingulis rectè petet, *Ex. grat. Cajus* & *Sempronius* ſunt veri hæredes, ſed *Titius* & *Conrad'* poſſident hæreditatem, unusquisque dimidiam partẽ, tunc

Digitized by Google

tunc *Cajus* à *Titio*, & *Sempronius* à *Conrado* non debent petere totam partem, quam poſſident, ſed unusquisque dimidiam partem *l.* 1. *§.* 1. *ff. eod.* Et ſi cohæredes hæreditatem poſſidentes, hæreditatis controverſiam quoad partes ſibi faciant, tunc invicem compenſatio erit admittenda partium intellectualium, quas quisque in hæreditate habet *l.* 1. *§. pen. ff. eod. Ex grat.* Si ſint tres poſſeſſores hæreditatis, Ego & tu, qui es verus cohæres, & *Mævius* extraneus: Singuli autem poſſidemus quatuor uncias, ſeu trientem (ſiquidem lege hæreditas dividitur in 12. uncias, quæ aſſis nomine veniunt *§.* 5. *inſt. de hæred. inſtit.*) Cum tamen ſemiſſis mihi debeatur, tunc agere poſſum contra te, ut ſemiſſem tui trientis, & contra *Mævium*, ut alium ſemiſſem ſui trientis mihi reſtituat, & ita habebo beſſem, nam habebam ipſe quatuor uncias, & à te duas uncias, ſeu ſextantem, & duas iterum à *Mævio* accepi, quæ octo unciæ beſſem conficiunt, tunc, quia mihi tantum uti dictum, ſemiſſis debetur, ideo tu potes etiam ſextantem, id eſt, duas uncias, à me petere, vel ab initio compenſare, *id eſt*, dicere: Ego retinebo illas duas uncias, quia tu mihi iterum reſtituere debes duas uncias *Gloſſ. ad d.l.* 1. *§. pen.* Verùm non apparet, cur non, *omiſsâ illa Subtilitate & ſcrupuloſitate*, deberem ab extraneo *Mævio* duas uncias petere, & tu etiam ab eodem alias duas uncias poſſes petere, ita ut compenſatione inter me & te non eſſet opus. Dicitur (4.) *qui pro hærede vel poſſeſſore:* Ubi is dicitur hôc locô pro hærede poſſidere, qui ſe hæredem dicit, cum non ſit, ſive ſciat, ſe hæredem non eſſe, ſive putet ex juſta opinione, ſe eſſe hæredem vel ex teſtamento vel ab inteſtato: Sed pro poſſeſſore, qui nullam cauſam poſſidendi aliam habet, q̃m quod poſſidet *l.* 11. *l.* 13. *princ. l.* 16. *§.* 4. *ff. de hæred. pet. Struv. exer.* 10. *th.* 47. *Vinn. ad inſt. §.* 3. *de Interdict.* Imo juris interpretatione pro hærede vel pro poſſeſſore habetur, qui dolo deſiit poſſidere cum dolus poſſeſſorem repræſentet *l.* 13. *§.* 14. *l.* 25. *§.* 8. *ff. de petit. hæred.* Quô caſu juramentum in litem habet locum,

quô

Digitized by Google

quô mediante hæres poteſt æſtimare res hæreditarias contra eum, qui dolo deſiit poſſidere *Brunnem. ad l. 25. ff. eod.* Et deinde, qui liti ſe obtulit *d. l. 13. §. 13. l. 45. ff eod.* Idque ratione doli, qui non debet eſſe impunitus, & intereſt actoris, non decipi *d. l. 13. §. 13.* Quod tamen procedit, ſi ante litem conteſtatam actor neſciverit, eum non poſſidere, cum ſcienti non fiat injuria *l. 26. ff. de R. V.* & à ſe ipſo decipiatur *Brunnem. ad d. l. 45. Struv. exer. 10. th. 48. Zaſ. ad tit. de pet. hared. n. 30.* Denique dicitur (5.) *adeoque res hareditarias cum omni cauſa reſtitui:* Quæ nam verò res eò pertineant, & quomodo illarum à poſſeſſore reſtitutio ſit facienda *vid. latè Struv. exer. 10. th. 53. & 54.*

V.

Querela teſtamenti inofficioſi eſt actio, quâ ritè quidem, ſed iniquè, exhæredatus vel præteritus petit, ut teſtamentū, quô is à jure hæreditario ſibi competente excluſus, reſcindatur, & ipſe hæres ab inteſtato declaretur, ac proinde in illo teſtamento ſcriptus hæres ad hæreditatem, quam poſſidet, reſtituendum condemnetur §. 1. *inſt de inoffic. teſtam. l. 2. & ſeqq. ff. eod. l. 3. C de pet. hared. Struv. exer. 10. th. 2.* Ubi dicitur (1.) *actio:* Siquidem hæc querela eſt ipſa actio *l. 12. §. ult. ff. de inoffic. teſtam. l. 15. §. 2. l. 21. §. 1. ff. eod.* quæ ſimul petitionem hæreditatis includit *l. 8. §. 8. d. l. 21. §. 2. d. l. 15. §. 2. l. 27. §. 3. ff. eod. Struv. exer. 10. th. 4. Suth. diff. 9. §. 89. Vinn. lib. 1. ſelect. quaſt. 19. Ungepaur. exer. 9. th. 1.* Quamvis alii communiter putent, hanc querelam tantùm eſſe implorationem quandam officii judicis, aut ſaltem remedium præparatorium ad reſcisſionem teſtamenti inofficioſi tendens, eôque impedimentô ſublatô hæreditatis petitione ipſam hæreditatem eſſe vindicandam, quam communem ſententiam probat *Huhn. ad Weſ. tit. de inoffic. teſtam. num. 5.* Cujus tamen controverſiæ in foro nullus eſt uſus, & per conſequens *magis in Subtilitate, quàm in utilitate* conſiſtit, ſiquidem, licet illam ſententiam communem modò relatam aſſumamus, tamen certum eſt, quod in eôdem libel-

Digitized by Google

libello hæc duo remedia, ſcil. querela inofficioſi teſtamenti, & hæreditatis petitio, ſucceſſivè cumulari poſſint, & probabile etiam ſit, conjunctim fuiſſe actum *Zaſ. h. t. Struv. d. exer. 10. th. 4. in fin. Oldend. claſſ. 4. act. 2. num. 7.* Dicitur (2.) *quâ ritè quidem, ſed iniquè exhæredatus petit:* Siquidem exhæredatio poteſt eſſe legitima & ritè facta, quæ tamen eſt iniqua *Ex. gr.* quando pater ſuum filiũ expreſſis cauſæ verbis exhæredat, ſed ſine juſta cauſa, tunc illa quidem eſt legitima, quia ſecundum legum præſcripta eſt facta, ſed eſt iniqua, quia non adeſt cauſa ad exhæredationem ſufficiens, utpote, quam hæres nõ poteſt probare eſſe veram: Unde teſtamentum quidem ſubſiſtit, ſed per querelam venit reſcindendum: Vel contra, poteſt eſſe æqua, quæ tamen eſt illegitima *Ex. gr.* quando pater ſuum filium immorigerum non nominatim, ſed inter cæteros exhæredat, tunc quidem æqua eſt, ſed non legitima, quia non eſt ſecundum formam à legibus præſcriptam facta, adeoqve non ſubſiſtit. Dicitur (3.) *quô is à jure hæreditario ſibi competente excluſus:* Nam jus hæreditarium eſt fundamentum, à quo contra officium pietatis quis excluſus, adeoque neceſſe eſt, ut de tali teſtamento queratur, quaſi ſanæ mentis non fuiſſet, qui tale teſtamentum contra pietatem ordinavit, quia famoſum erat, de iniquitate parentum conqueri, ideo res debebat temperari, & talis color obtendi *vid. Mantz. ad Princ. Inſt. h. t.* Quô colore, poſtquam illa laxa, & lege 12. tabb. libera poteſtas exhæredandi per *Imp.* conſtitutionem in *Novell.* 115. eſt coarctata, amplius non eſt opus *Struv. exer. 10. th. 3.* Quamvis *Brunnem. in l. 2. ff. de inoffic. teſtam. Hahn. ibid. n. 10. Sutholt. diſſ. 9. ꝟ. 89.* etiam adhuc hodie talem colorem poſſe obtendi ſtatuant. Ubi dicitur *coarctata:* Nam ſecundum Jus *Inſtitutionum, Pandectarum* & *Codicis* pater omnes liberos, qui actuale jus ſuccedendi ab inteſtato habebant, vel inſtituere, vel nominatim exhæredare debebat *l. 4. C. de liber. præter.* Et ſi liberos in poteſtate exiſtentes nominatim non exhæredaret, ſed præteriret, tunc teſtamentum erat ipſo jure nullum,

& que-

& querelâ nullitatis impugnabatur *l. 30. ff. de liber. & poſthum.* Si verò emancipatos nominatim non excluſiſſet, ſed præteriiſſet, tunc teſtamentum per bonorum poſſeſſionem contra tabulas reſcindebatur §. 3. *inſt. de exhered. liber.* Aſt, ſi pater liberos nominatim exhæredaret, tunc teſtamentum ſummo jure ſubſiſtebat, & nihil referebat, quantum ad ſolennitatem excluſionis pertinebat, ſive nulla, ſive in ſufficiens, ſive habitis, in *Novell. 115.* ſcilicet contenta, cauſa exhæredationis eſſet adjecta, ſiquidem omnibus illis caſibus opus erat querelâ teſtamenti inofficioſi, quâ de juſtitia teſtamenti, ſeu cauſis exhæredationis diſputaretur. Non verò, ſicuti patri, ita & matri, incumbebat, vel liberos inſtituere, vel nominatim exhæredare: Sive enim eos exhæredaſſet, ſive præteriiſſet, ſive cauſam excluſionis expreſſiſſet, ſive nō, tamen omni caſu teſtamentum ſummo jure ſubſiſtebat, & de ejus juſtitia ſolùm, inſtitutâ querelâ teſtamenti inofficioſi, diſquirebatur *§. 7. inſt. de exhered. liber.* Siquidem non æquè in matris, ac patris, poteſtate eſſe liberos conſtat, indeque, cum non ſint ſui & neceſſarii hæredes matri, vel avo materno, utpote extra familiam nati, ille reſpectus, quô ex *l. 11. ff. de liber & poſthum.* per continuationem dominii, & non novam acquiſitionem hæreditas paterna transferebatur, hîc locum non inveniebat *vid. Merenda lib. 4. controv. cap. 25. Vinn. ad §. ult. inſt. de exhæred. lib. num. 1.* Unde matri fuit liberum, & avo materno, liberos præterire, quæ præteritio vim exhæredationis veræ habuit, ſiquidem nec Jure Civili, nec prætorio, quôdam remediô hôc modô præteriti adjuvabantur, utpote, cum prætor non, niſi Emancipatis daret bonorum poſſeſſionem contra tabulas, nec jus Civile, niſi ſuis, teſtamentum dicendi nullum concederet facultatem. Et hoc ita procedebat, etiamſi mater, vel avus maternus ignoraverit, quod filios, vel nepotes haberet, quamvis in milite prætereunte aliud jus eſſet *§. 6. inſt. de exhæred. liber l. 27. ff. eod.* Interim tamen, ne omni ſpe liberi penit' ſuccedendi à matre ita præteriti præcluderentur,

poſt-

poſtmodum illis aliô remediô eſt conſultum, ſcilicet matris teſtamentum vel avi materni per querelam inofficioſi teſtamenti impugnandi *§.7.inſt.eod.ibique Vinn l.8.ff.eod.* Ubi nunc inter Doctores valde controvertitur, an illud jus antea recenſitum per jus *Novellarum* ſit correctum? Quod negant *Vinn. ad princ. inſt. de inoff. teſtam.num.2. & lib.2. ſelect.quæſt.21. Suthol. diſſ.9.§.64. Fachin.lib.4. controv. cap.9. Eyben ad inſt. diſquiſ.10.obſ.4 num.9.* Quia (1.) jus vetus tamdiu maneret integrum, quamdiu de mutatione expreſsâ non conſtaret *l.32. C. in fin. de appell.* Jam verò notum eſſet cuivis modicè tantùm in *Novellis* verſato, proprium eſſe *Imp. Juſtin.* ut ſemper moneret, ſiquid in conſtitutione *Novella* immutatum vellet; Unde ſtatuunt, illud jus, de quo paulo antè dictum, in *Novella* 115.*cap.3.* & exinde deſumta *Authentica Non licet C. de liber præterit.* non eſſe immutatum, cum de ejus mutatione non conſtaret: Et (2.) quod liberis remedium in *d.cap.3.* non ante concederetur, quàm ſi ſcripti hæredes cauſam ingratitudinis probare non poſſent, ſive quod nulla eſſet omnino à teſtatore adſcripta, ſive quod talis eſſet inſerta, quam hæredes probare non poſſent. Jam verò, quomodo dicerentur ſcripti hæredes, & quomodo hoc probarent, ſi ipſi non eſſent hæredes, quod ipſis contrariâ aſſertione eſſet denegatum, cum teſtamentum, quod ipſo jure nullum, adiri non poſſet. Et (3.) quod teſtamentum, non probatâ causâ, demùm infirmari, *ἀκυροῦϛαι*, & everti, *ἀνατρέπεϛαι*, deberet, ſiquidem *τὸ ἀκυροῦϛται κῦρος*, authoritatem, & *τὸ ἀνατρέπεϛται στάσιμον καὶ βεβαίοντι*, ſtabile quid & firmum præſupponeret. Et (4.) quod pro parte tantùm reſcinderetur, quale quid de teſtamento tali paterno in *dict. cap.3.* aſſereretur, illud non omnino eſſet nullum, ſed in totum ab initio conſtitiſſe dicendum eſſet. Et denique (5.) contraria ſententia eſſet abſurda, quæ per *dict. Novellam*, tanquam per novaculam, integros juris tractatus de teſtamenti inofficioſi querela quoad lineam adſcendentem, & de bonorum poſſeſ-

ſione

Digitized by Google

ſione contra tabulas radicitus extirparet, quale quid Imperatori in mentem veniſſe non eſſet credendum: Quis enim crederet, dicunt, tot capita juris veteris à *Juſtiniano* tacitè abrogata, deletam bonorum poſſeſſionem, deletos §§. 3. 5. *&* *ult. inſt. de exhared. liber.* & titulos maximâ ex parte *ff. & C.* *& inſtit. de inoffic. teſtam.* cum tamen *Juſtin.* nunquam aliquid ex jure veteri, niſi cum expreſsâ mentione ejus juris, quod abrogare conſtituiſſet, & commendatione novi, ſoleret mutare. Sive igitur nulla cauſa à teſtatore eſſet expreſſa, ſive aliqua, quæ tamen non eſſet ex iis, quæ in *dict. Novell.* 115. *cap.* 3. continerentur, aut tacitè includerentur, vel ex iis quidem, ſed in cujus probatione hæres deficeret, tunc utiliter & cum effectu exhæredatus de inofficioſo hodieque ageret, & poſtularet, ut teſtamentum reſcinderetur, & ad cauſam inteſtati res redigeretur, neque alio remediô ad bona parentis defuncti venire poſſet: Et hoc etiam ſtatuendum eſſet, ſi liberi præteriti ab illis parentibus, quorum præteritio eſſet pro exhæredatione, ſcilicet à matre vel avo materno, licet nulla cauſa eſſet adjecta. In ſumma dicunt, in *dict. Novell.* non præſcribi novam excluſionis formam, ſed ſolùm determinari cauſas exhæredationis hactenus arbitrarias & incertas, nec non exitum querelæ teſtamenti reddi certiorem. Attamen quicquid ſit, ex contrario Doctores communiter affirmant, qui *dict. Novell.* 115. aliter accipiunt, & quidem ita, quaſi nova penitus excludendi forma parentibus & liberis teſtantibus in illa eſſet præſcripta: Et eorum ſententia breviter eò redit, quod vel parentes & liberi teſtantes exhæredationi vel præteritioni cauſam aliquam in *dict. Novell.* 115. contentam adjeciſſent, vel nullam, aut inhabilem expreſſiſſent. Ubi priori caſu teſtamentum ſummo jure ſubſiſteret, ſed per querelam inofficioſi teſtamenti, ſi ab hærede cauſa adjecta ingratitudinis non poſſet probari, quoad inſtitutionem reſcinderetur: At poſteriori caſu eſſet ipſo jure nullum, & per querelam nullitatis, ſed itidem ſaltem quoad hæredis inſtitutionem,

255

everteretur. Et quidem poſterior hæc ſententia eſt planior, & propterea communiter in praxi recepta, *teſtib.Struv.exer.* 10. *th.*15. *& exer.*32. *th.*32. *Bachov. ad inſt. §.*1. *de inoff. teſtam. Hahn. ibid num.* 5. *Eyben dict. obſ. num.*52. ſed prior *majorem difficultatem & ſubtilitatem* procul dubio in ſe continet. Liberi verò naturales, ut etiam hoc addamus, patris ultimam voluntatem, licet deficiant liberi legitimi, eô modô impugnare non poſſunt, nec vice verſâ, pater illorum teſtamentum, ſiquidem illis, quibus non eſt decreta legitima, nec querela inofficioſi competit *arg. Novell.*18. *cap.*1. ſed in matre non diſtinguitur, an liberi ſint naturales, vel legitimi *l.* 29. §. 1. *ff. de inoff. teſtam. l* 2. *l.* 7. *Und. cognat. l.*15. *C. ad Sct. Orphit Struv exer.* 10. *th.* 16. Dicitur (4.) *reſcindatur:* Et quidem olim jure veteri totum teſtamentum non valebat, adeo, ut nec legata in eo relicta valerent *l.*13. *l.*18. *ff. de inoffic. teſtam.* ſed jure novo ſola evertitur inſtitutio, cum ſaltem *Imp.* fuerit propoſitum, injuriam auferre liberis *Brunnem. ad l.* 8. *ff. eod. Hahn. ibid. num.* 11. *Ubi refert, ſæpius ita eſſe reſponſum Suth. diſſ.* 9. *§.* 86. *Struv. exerc.* 10. *th.* 22. Dicitur (5.) *ſcriptus hæres ad hæreditatem, quam poßidet, reſtituendam condemnetur:* Siquidem querela inſtituitur contra quemlibet hæredem teſtamentô inſtitutum *l.* 8. §. 2. *l pen.* §. 1. *ff. h. t.* etiam hæredem fideicommiſſarium *l.* 1. *C. eod.* quia eſt locô hæredis, & omnes actiones hæreditariæ activè & paſſivè in illum tranſeunt §. 3. *inſt. de fideic. hæred.* nec non adverſus eum, qui hæredi ſucceſſit, quia hic etiam eſt teſtatoris hæres *l.* 14. *C. de hæred. inſtit.* & denique contra fiſcum, bona ut vacantia, occupantem *l.* 10. *C. h. t.* Quamvis neceſſe ſit, ut hæreditas ab inſtituto hærede ſit adita *l.* 36. *§. ult. C. h. t.* quia aditione hæreditatis vires accipit teſtamentum, quâ non ſecutâ exhæredatio eſt nulla, nec opus eſt reſciſſione, ſiquidem poteſt fieri, ut ſcriptus hæres repudiet hæreditatem *Struv. exer.* 10. *th.* 20. ubi etiam *theſ. ſeq.* 29. 30. *&* 31. recenſet caſus, quibus hæc querela ceſſat, qui videri poſſunt.

VI. Actio

Digitized by Google

VI.

Actio reſciſſoria eſt actio prætoria, realis, quæ datur illi, cujus res verè eſt uſucapta, ad rem, quaſi nunquam eſſet uſucapta, à poſſeſſore avocandam *Suth. diſſ.* 17. §. 56. Quæ actio datur (1) præſenti contra abſentem, ita, ut is, qui abeſt Reipubl. causâ, vel captus ab hoſtibus, ſi rem præſentis in civitate uſuceperit, teneatur actione reſcisſoriâ: Quo caſu, quando datur præſenti contra abſentem, tunc non conſideratur, an fuerit abſens ex causâ neceſſaria, vel probabili, vel voluntariâ, cum præſens ſemper ex abſentia, quæcunque illa ſit, lædatur *l. 21. princ. ff. Ex quib. cauſ. major. Struv. exer. 8. th. 70. Ludvv. ad inſt. §. 5. inſt. de act.* Attamen tunc demum datur hæc actio præſenti contra abſentem, ſi abſens neminem reliquerit domi, quem præſens interpellare potuiſſet: Nam ſi reliquit domi amicos, cognatos, aut defenſores, illosque præſens non convenit, cum convenire potuiſſet, tunc reverſum inquietare non poterit, idque ſibi imputare debet, quod non egerit eô abſente, cum agere potuiſſet cum iis, qui defenſionem ſuſcepiſſent *d. l. 21. §. 2. ff. Ex quib. cauſ. maj.* Datur (2.) abſenti contra præſentem, res abſentis uſucapientem: Ubi tamen diſtinctio abſentiarum eſt tenenda: Nam, ſi quis fuit abſens ex cauſa probabili & neceſſaria ſimul *Ex. grat.* qui abeſt militiæ aut Reipubl. causâ *l. 1. ff. eod.* vel probabili tantùm *Ex. gr.* qui abeſt ſtudiorum causâ, & tempore abſentiæ læditur, tunc illi ſuccurritur ſimpliciter & indiſtinctè per hanc actionem *d. l. 1. §. 1. ibid.* Si tamen *ex grat.* abſuturus Reipublicæ causâ procuratorem conſtituerit, per quem defendi potuerit, & contra quem actio non ſit manis, tunc non datur reſtitutio *l. 39. ff. ibid. l. ult. de reſtit. Struv. exer. 8. th. 73.* Si verò quis abeſt ex cauſa neceſſariâ tantùm, ſed non favorabili, *Ex. grat.* relegatus propter delictum, tunc ille non reſtituitur, niſi domi non potuerit relinquere procuratorem *l. 10. ff. de min.* Aliàs, ſi potuerit relinquere, & non reliquerit, tunc omiſſio procuratoris abſuturo imputatur, cum videatur damnum ſuâ cul-

Digitized by Google

culpâ ſentire *Zaſ. ad tit. Ex quib. cauſ. maj. num.* 13. vel licet reliquerit procuratorem, per illum tamen non fuit defenſus, nec damnum ab eo conſequi poteſt, tunc reſtitutio contra adverſarium inde locupletatum conceditur *Struv. ib.* Denique (3.) datur abſenti contra abſentem, quando tam actor, quàm reus abſuerunt, & poſtea ſunt reverſi *Mantz. ad d* §. 5. *inſtit. de act, num* 26. quia in pari cauſa privilegii melius eſt ſuccurrere illi, qui de damno vitando, quàm qui de lucro captando certat. Interim modus reſtituendi diverſimodè ſeſe habet: Nam, ſi uſucapio vel præſcriptio ſit cæpta, atque impleta intra abſentiam, tunc datur ratione rei vel juris amiſſi actio reſciſſoria utilis, quæ pro conditione rei vel juris amiſſi eſt vel realis, vel perſonalis §. 5. *inſtit. de act. ibique Mantz.* Si verò per abſentiam non toto tempore quis fuerit excluſus, aut ob aliud impedimentum dies actionis exierit, tunc reſtitutio eſt facienda illius temporis, quô quis abſuit, aut quô quis agere voluit, ac impeditus eſt *l.* 26. §. 7. *&* 8. *ff. Ex quib. cauſ. major. Struv. exer.* 8. *th.* 83. *Ex. grat.* ſi, Titio præſente, poſſediſſet quis rem ejus, & tempus uſucapionis compleviſſet minus uno die, tunc, ſi abeſſe cæpiſſet, ſolus dies illi reſtituebatur. Vel ſi mihi ad actionem injuriarum proponendam duo ſupereſſent dies, & vellem ad illam actionem perpetuandam litem conteſtari, ſed propter ferias repentinas, quas Imp. indixerat, non potuerim, vel injurians abeſſe cœpiſſet, tunc ad duos dies ſaltem reſtitui potui *all. l.* 26. §. 8. *ibique Gloſſa.* Quô tamen caſu hîc videtur inanis *Juris Subtilitas:* Nam eſto, quod *Ex. grat.* unius ſaltem diei reſtitutio fiat, attamen hunc per annum integrum utilem nihilominus petere licebat *d.* §. 5. *inſt. de act.* Poſtquam verò ille annus utilis, intra quem olim erat reſtitutio petenda *d.* §. 5. *inſtit. de act.* in quadriennium continuum â tempore ceſſantis abſentiæ ſimilisve impedimenti eſt mutatus *l. fin. princ. &* §. 1. *C. de temp. in integr. reſt. Struv. d. exer.* 8. *th.* 85. ideo *tales captioſas tricas & ſubtilitates* ceſſare putamus.

VII.

VII.

In modo conſtituendi ſervitutem diſtinguenda eſt promiſſio ſervitutis ab ipſa conſtitutione & acquiſitione *l. 136. §. 1. ff. de V. O.* Nam promiſſio fit vel per conventionem inter vivos, *Ex. grat.* emtione, donatione &c. §. 4. *inſt. de ſervit. l. 5. princ. ff. eod.* vel ultima voluntate, ſcilicet teſtamento vel codicillis *princ. inſt. de jure codicill.* vel legatis, non modò per damnationem, ſed etiam per vindicationem relictis *l. 1. §. 1. ff. quemad. ſervit. amitt.* Quamvis, illis legatorum modis ſublatis & inter ſe confuſis in *l. 1. C. comm. de legat.* hæc obſervatio non ſit magni momenti. Et porro utraque fit vel purè, vel ſub conditione, vel ex die, vel in diem *l. 4. ff. de ſervit.* Quamvis ex tempore vel ad tempus, neque ſub conditione, ſive inchoativa ſeu inductiva; ſive extinctiva, conſtitutio non poſſit fieri *d. l. 4.* Cum ſervitus ſit qualitas, quæ accedit prædio, ſicuti aliæ qualitates naturales, quæ ipſo jure ſunt perpetuæ: Unde, quemadmodum ipſa prædia non poſſunt in rerum natura pro parte, neque ad tempus, neque ex tempore, neque ſub conditione conſiderari, ita nec ſervitutes, quæ fundi naturam imitantur, cujus qualitatem conſtituunt, & quidem perpetuam *Donell. lib. 11. comm. 9. Bronchorſt. cent. 2. aſſ. 3.* Quod tamen *propter ſtrictam juris rationem & ſubtilitatem* tantum procedit: Unde ſi tale pactum conſtitutionem præceſſerit, tunc illi, qui ultra tempus ſtatutum ſervitutem contra placita vindicabit, exceptione doli vel pacti occurritur *d. l. 4.* Illa autem promiſſio ſolum operatur jus ad rem, & actionem perſonalem *d. l. 4. ff. de ſervit.* Et quidem ad id, ut patiatur quis, vel non faciat id, quod promiſit pati, vel non facere, quia is, qui promittit, nihil dat, ſed ſeſe obligat tantùm ad dandum *l. 2. §. 1. & 2. ff. de V. O. l. 19. ff. de S. P. R. Vinn. ad §. 4. inſt. de ſervit. num. 4.* Quamvis, ſi ſervitus ſit legata, tunc ipſo jure, non accedente traditione vel quaſi, jus in re, & actio realis confeſſoria oriatur *l. ult. ff. de ſervit. legat. l. 19. §. 1. ff. quemadm. ſervit. amitt. Struv. exer. 12. §. 12. & exer. 13.* th.

Digitized by Google

*th.*56. *Suthalt. diſſ.*5.§.47. *Vinn. ad d.*§.4.*num.*3. Licet diſſentiat *Brunnem. ad l.*3.*ff. de uſufr. Hahn. ad tit. de uſufruct. n.* 9. Conſtituitur verò ſervitus, id eſt, actu imponitur & traditur, & fit accipientis ita, ut prædio jam ſit quæſita *l.*1. §. 1. *comm. præd.* in affirmativis patientiâ domini, qui fundum ſervientem poſſidet, & uſu ejus, cui ſervitus eſt promiſſa *l. ult. ff. de ſervit.* vel aliô æquivolente, uti inductione in fundum *l.*3. §.1. *ff. de uſufr.* Vel in negativis intermiſſione ejus, quod aliàs facere poſſumus: Ita enim ſervitus quaſi tradita cenſetur *d. l. ult. de ſervit. l.*11. §.1. *ff. de publician. in rem act. l.*3. §.2. *ff. de act. emt. Struv. in juriſprud. lib.*2. *tit.*5. *th.*4. & 5. & *exer.*13. *th.*37. Unde, ſi juxta *Subtilitatem Juris* loqui velimus, conventiones, tanquam cauſæ remotæ, non conſtituunt per ſe ſervitutem, ſed tantum, uti dictum, pariunt obligationem & actionem perſonalem ad ſervitutem conſtituendam, ſed qſ. traditio, tanquam cauſa proxima, jus in re, ſeu jus reale, inducit. Quamvis *Bachovius* inſignem committat errorem *ad* §.4. *inſt. de S. R. & U. P.* Ubi putat, nudis pactionibus & ſolis promiſſionibus ſervitutes prædiales plenè perfectèque conſtitui, atque acquiri citra ullam traditionem aut ceſſionem, & proinde ſtatim, ut in conventionem deductæ eſſent, actionem in rem competere, cum *Imp. in d.* §.4. diceret, pactionibus & ſtipulationibus ſervitutes conſtitui, idque *in* §.1. *de uſufr.* repeteret, quem tamen doctiſſimè refutavit *Vinn. ad d.* § 4. *n.*5. Cum (1) aliud ſit titulus, & aliud modus, & (2) promiſſionibus res tantùm fiant debitæ, ſed traditionibus demum noſtræ *l.*3. *ff. de Obl. & act.* & (3) ex conventionibus ſaltem detur actio perſonalis *l.*19. *ff. de S. R. P.* Interim tamen, quia Imp. aliquantò craſſius ibidem eſt locutus, ideo apparet, quod tales *meræ ſubtilitates* non ſemper ita ſint attendendæ *Oldendorp. claſſ.*4. *act.*7. *q.*3. *in fin. Mantz. ad inſt. ad d.*§ 4. *num.*8. Quod Studioſis juris ſolatii locô eſſe poteſt, quod, ſi à delicatis auribus, quæ verborum lenocinia aucupantur, ob unam vel alteram locutionem impropriam reprehendantur, de hoc ſaltem ſecuri

ſecuri eſſe poſſint, quod non ita impingant in *Juſtinianum*, quemadmodum pueri, qui latinam linguam addiſcunt, in *Priſcianum*: de quo videatur ipſe *Bachovius in not. ad Weſ. num. 7. in fin. ff. ad exhibend.* Ubi fatetur, ſæpe à JCtis pinguiori minorvâ res tractari: & ad *dict. §. 4. inſt. de S R. & U. Pi* fatetur, JCtos non rarò minus propriè eſſe locutos.

IIX.

Ex verbis finalibus definitionis Uſusfructûs, quæ *diſſ. praced. n. th. 7.* eſt explicata, apparet, quod ab Uſufructuario removeatur omne jus in rem præter uſum & fruitionē, ſicuti rei fructuariæ alienatio, mancipiorum manumiſſio, & proprietatis oppignoratio *l. 6. l. 9. C. de uſufruct.* Et ſi de facto uſufructuarius rem fructuariam alienet, tunc poteſt proprietarius illam rem vindicare *l. 11. C. eod.* Meliorem quidem cauſam licebit ipſi reddere, forte, ſi lumina immittat, vel coloribus, picturis, marmoribus parietem ornet, & meliorem fundum facere *l. 13. §. 4. ff. de uſufruct.* Scilicet colendo, modò non ſubſtantiam mutet *l. 8. l. 44. ff. ibid. Ex. grat.* Prædium voluptuarium, viridaria vel geſtationes aut deambulationes, arboribus infructuoſis opacas & amœnas habens, dejiciendo, inque earum locum arbores frugiferas ſubſtituendo, utcunque transformatione plus reditûs obventurum prætexatur *d. l. 13. §. 4. & 7. l. 8. l. 44. ff. de uſufruct. Gail. lib. 2. obſ. 67. num. 11. Snedevv. ad §. 1. Inſt. eod. num. 9.* Sicuti nec ex lacu terram arabilem facere poteſt uſufructuarius, qvamvis hoc faciendo ampliorem reditum haberet *Nicol. Everhard. conſil. 217. num. 1.* Cum uſusfructus non conſiſtat, mutatâ rei formâ *Pinell. ad l. 1. C. de bon. matern. p. 2. num. 53.* Et tantò minus novum ædificium exſtruere poteſt *d. l. 13. §. 7.* ne rei mutatio contingat invito dominô *d. l. 44. Zaſ. tit. de uſufruct. num. 25. Peretz. ad Cod. eod. num. 17.* adeo, ut *Neratius in l. 15. princ. & l. 61. ff. de uſufruct.* nec inchoatum ædificium *ex merâ Juris Subtilitate* conſummari & perfici permittat, etiamſi eô locô fructuarius aliter uti non poſſit *d. l. 61. ff. de uſufruct.*

D cum

cum ita non maneret ſalva ſubſtantia *Engelbreht ad tit. de uſufruct. th.7.* Quod tamen rectæ rationi contrariari videtur, ſiquidem eluſorium eſſet hoc uſusfructûs legatum, & qui largitur uſumfructum, ille etiam concedit id, ſine quo uti frui non poteſt: Et quando ædificium imperfectum perficitur, ſubſtantia rei non mutatur: Et non eſt præſumendum, teſtatorem voluiſſe, ut imperfectum ædificium, injuriis cœli expoſitum, potius collabatur, quàm perficiatur. Unde, ſi aliter uſufructu uti nequeat, quàm ſi ædificium abſolvatur, quod cæptum eſt, fructuarium, *non attentâ illâ Juris ſubtilitate*, perficere poſſe rationis eſt *arg. l. 2 ff. de juriſdict. l. 10. ff. de ſervit. Coraſ. 1. miſcell. 6. Donell. lib. 10. comm 10. Bronch. 2. antin. 4. in fin.* Sicuti etiam horreum ad percipiendos fructus neceſſarium exſtruere poteſt *d. l. 13. §. 6. Dn. Engelbrecht ad tit. ff. de uſufr. num. 7. Wiſſ. ad d. tit. num. 9.*

IX.

Uſusfructus amittitur inter alia conſolidatione, ita dictâ, quod uſusfructus accedens ad proprietatem illam ſolidam & integram faciat, ſi nimirum proprietarius voluntate & facto uſufructuarii uſumfructum, vel contra, adipiſcatur *§. 3. inſt. de uſufr. l. 27. ff. eod.* Quamvis in genere quævis uſusfructûs cum proprietate conjunctio, ſive confuſio, conſolidatio dici poſſit, ſiquidem vel morte uſufructuarii, vel capitis deminutione, & non utendo, uſusfructus cum proprietate conſolidatur *l 3. in fin. ff. de uſufr. ear. rer.* Eſt enim hæc ſpecies amisſionis ex natura ipſius uſusfructûs fluens. Nam cum in una & eadem perſona proprietas & uſusfructus concurrant, ideo ſolidam unus proprietatem nanciſcitur, neque amplius jus utendi fruendi ſeparatum intelligi poteſt, hoc eſt, uſusfructus formalis, cum res propria nemini ſerviat *l. 26. ff. de S. U. P. Suth. differt. 5. §. 33.* Quod adeo procedit, ut nec reviviſcat uſusfructus, qui conſolidatione voluntariâ peremtus. *Ex. gr.* Teſtator uſumfructum fundi alicujus mihi purè legavit, ſed *Titio* proprietatem nudam ſub conditione, ſi navis ex Aſia

ve-

venerit. Jam verò conditione pendente Ego emi proprietatem illius fundi ab hærede, & ita per conſolidationem amiſi uſumfructum formalem: Poſtea verò exiſtit conditio, tunc plena proprietas ad *Titium* tranſit, illeque à me proprietatem & uſumfructum cauſalem poteſt petere, licet ipſi ſola & nuda proprietas ſit legata, quia uſumfructum formalem non poſſum retinere, cum per illam acqviſitionem proprietatis, etiam revocabilem, & ita per conſolidationem, fuerit extinctus, ſicuti *Julianus potius ſubtiliter & mirabiliter*, quàm ex dictamine rationis naturalis, decidit in *l. 17. ff. Quib. mod. uſusfruct. amitt.* Unde illa lex *magis ſpinoſa & ſubtilis*, quàm æqua, ſicuti illam etiam poſt alios iniquitatis arguit *Grænevvegen ad d. l. 17.*

X.

Habitatio eſt ſervitus perſonalis, quâ omnem utilitatem, quæ ex inhabitationibus ædium alienarum provenire poteſt, percipimus *§. 5. inſt. de uſu & habit. l. 13. C. eod.* Eſſe autem ſpeciem ſervitutis perſonalis, quæ propriè neque uſus, neque uſusfructus eſt, latè probat *Vinn. ad d. §. 5. num. 1.* Hæc quidem non amittitur non utendo, neque etiam capitis deminutione *l 10. princ ff. de uſu & habit. l pen. ff. de cap. min.* Scilicet minimâ, quâ olim etiam uſusfructus amittebatur *l. pen. §. 2. C. de uſu & habit.* quod ideo placuit quia habitatio magis in facto, qvàm in jure conſiſtit *d. l. pen.* ex quo etiam eſt, quod legatæ habitationis dies non ſemel cedat, ſed per dies ſingulos, perinde, ut uſusfructûs in ſingulos dies relicti *l. 1. princ. ff. quand. dies uſusfr. leg. ced.* ut plura hîc ſint legata, & quaſi nova ſingulorum dierum habitatio *Brunnem. ad d. l. 10. num. 2. Struv. exerc 12. th. 62.* Quamvis *Vultejus ad d. §. 5.* exiſtimet, omnem illam operam eſſe ſupervacaneam, quæ in diverſitatis ratione inveſtiganda, quare habitatio non per non uſum, neque per capitis deminutionem finiatur, *curioſè & ſubtiliter* poneretur. Sed tamen finitur morte ejus, cui conceſſa habitatio *d. l. 10. §. 3. ff. de uſu & habit. Struv dict. loc.* Unde ſi donetur alicui habitatio, ſeu jus habitandi, & ſervitus,

D 2 tunc

tunc poterit donatarius usque ad mortem ſuam habitare, adeo, ut nequidem ab ipſo donatore, & multo minus ab ejus hærede expelli poſſit, quia jus habitationis, donec vivit, competit *d. l.* 10. §. 3. Cui tamen valde obſtat *l.* 32. *ff. de donat.* ubi hæredes ejus, qui per epiſtolam alicui his verbis conceſſerat hoſpitium: *Hoſpitio illô, quàmdiu volueris, utaris gratuitò: idque te ex voluntate mea facere hâc epiſtolâ notum tibi facio:* Poſſunt huic donatario hoſpitium, ſive habitationem, prohibere, cum tamen regulariter donationes ſimplices non poſſint revocari *l.* 1. *l.* 14. *ff. de donat.* Quam legem vulgò Interpretes & Gloſſographi explicant de precario, quaſi talis habitatio videretur precariò conceſſa, quod ex voluntate dantis pendet *l.* 1. *l.* 2. *ff. de precar.* quæ morte ejus jam extincta *Covarr.* 3. *reſ.* 25. *num.* 1. *Brunnem. ad d. l* 32. *Gothofred. ad d. l.* 32. *Arum. diſp.* 19. *ad pand. th.* 14. Verùm quia nulla precarii hac in lege fit mentio, & hoſpitium à precario in jure diſtinguitur, *l.* 15. §. 1. *ff. de precar.* ideo talis reſponſio hunc nodum ſolvere non videtur. Unde *Cujacius lib.* 17. *obſ. cap.* 33. conjectat, donationes ſtrictè eſſe interpretandas ex lege *Cincta*, quæ modum donationibus definiviſſet, & donationes coercuiſſet, & propterea etiam huic legi certum modum impoſuiſſet, ideoque putat, verba in *d. l.* 32. (*quàmdiu volueris*) ſtrictè eſſe accipienda, nempe quàmdiu voles me vivô, vel etiam me mortuô, ſed ſciente & permittente hærede. Et putat *Wiſſ. ad ff. tit. de donat. num.* 16. JCtos diſputationibus ſuis ita vel produxiſſe vel intellexiſſe legem *Cinciam*, ut donationem habitationis cum vita concedentis putarent finiendam, quaſi hic tantùm jus ſuum habitandi conceſſerit. Verùm, quia etiam ne vola quidem in hoc textu de lege *Cincia* extat, ideo talis reſponſio itidem eſt divinatoria, *teſte Bechmanno ad l.* 27. *ff. de donat. num.* 106. *p. m.* 342. Unde talem explicationem *Cujacii* etiam refellit *Ant. Faber lib.* 2. *conjectur c.* 19. ubi dicit, quod, utut verum ſit, donationes ſtrictè eſſe accipiendas, ita, ut in dubio contra donatarium interpretatio

ſit

ſit facienda, illud tamen recipi non poſſet in eo, quod non eſt dubium, ſicuti in hac *lege 32.* diſertè & expreſsè id actum eſſet, ut donatarius uteretur hoſpitiô, quàmdiu vellet, quibus verbis donationis finis apertè collatus eſſet in voluntatem donatarii: non igitur interpretatione coanguſtari poſſet aperta donatio, imò, quod lex *Cincia* non faceret, ut donationes ſtrictè eſſent faciendæ, ſiquidem non ſequeretur: Lex *Cincia* modum definivit donationibus, Ergo etiam ſtrictè illas accipi voluit, quæ intra modum ſunt factæ: Quapropter *Anton Faber* talia verba: *quàm diu volueris*: putat eſſe mendoſa & legendum eſſe, quàmdiu voluerim, ſcilicet, ut finem hujus donationis non in voluntatem donatarii contuliſſe, ſed in ſua voluntate eam retinuiſſe donator dicatur. Verùm, quamvis hæc conjectura valde ſit probabilis, tamen hæc ſcriptura in omnibus libris, etiam florentinis, & in libris βασιλικῶν *lib.* 47. extat, & Gloſſographi βασιλικῶν etiam verba dictæ legis afferunt. Rectius itaque probatur diſtinctio, *quamvis aliquam ſubtilitatem* in ſe contineat, quam affert *Connanus lib. 5. cap. 9. num. 6.* & probat *Hubert. Giphan. in lect. ſuis altorphin. ad d. l. 32. de donat. num. 5.* Inter jus habitandi, & nudam conceſſionem & facultatem habitandi, de qua in *d. l. 32.* tantùm agitur, quamvis habitationis fiat mentio, ſiquidem *Lucius Titius* ibidem non dixit: dono tibi habitationem, ſed dono & permitto tibi, ut habites, vel ut utaris eo cænaculô, hoſpitiô vel diætâ. Et quidem *talis ſubtilis differentia* verborum etiam in jure noſtro non eſt infrequens *l. 6. ff. de ſervit. legat.* Ubi aliud eſt legatum ſervitutis, ſi quis alii leget iter, ſeu ſervitutem itineris, & aliud, ſi tantùm leget jus tranſeundi per domum: Jus enim ſervitutis, uti itineris, vel habitationis longè plenius eſt, quàm jus tranſeundi, aut nuda quædam conceſſio habitandi, ſiquidem ſervitus itineris ad hæredem tranſit, ſed jus tranſeundi non item *d. l. 6. de ſervit. legat.* Ita etiam in habitatione, ſi donetur habitatio & uſus domûs, id eſt, jus ipſum, ſive ſervitus, tunc longè plenior erit

erit donatio,quàm ſi donetur tantùm mera facultas habitandi, quæ planè facti eſt, & merè perſonalis, nihilque juris continet. Unde ſi donetur alicui habitatio, id eſt, jus illud habitandi & ſervitus, tunc poterit donatarius usque ad mortem habitare, adeo,ut neque ab ipſo donatore, & multo minus ab ejus hærede poſſit expelli *d. l. 10. §. 3. ff. de uſu & habit.* Sed ſi non ipſum jus, quæ habitatio propriè dicitur, ſed nuda ſaltem facultas habitandi fuerit conceſſa, tunc illa facultas habitandi revocari poteſt, non tantùm ab hærede donatoris *all. l. 32.* ſed etiam ab ipſo donatore, ſicuti *all. l. 32. & 27. ff. de donat.* indicatur, quia hæc mera facultas tàm reſpectu donatoris, quàm donatarii, eſt planè perſonalis, quia ſcilicet ex nuda donantis voluntate pendet, & æquum eſt, te meâ liberalitate uti, quàmdiu ego velim *l. 2. ff. de precar.* Quamvis *primò* excipiatur donatio remuneratoria, quæ non poteſt ab hærede donatoris revocari, ſed durat usque ad vitam donatarii *l. 27. ff. de donat.* Et *deinde*, ſi donatio ſit facta hiſce verbis: quàmdiu *volueris:* qualis caſus in *all. l 32.* continetur, ubi non videtur poſſe revocari ab ipſo donatore, licet eô mortuô ab ejus hærede poſſit. Et talis videtur eſſe vis illorum verborum: *quàmdiu volueris:* ut ſcilicet donator propter talia verba non poſſit donatarium nolentem expellere, cum ſibi imputare debeat, qui talem voluntatem ſuâ ſponte ſibi ipſi ademit: Sed aliud eſt in hærede donatoris, utpote, qui, non obſtantibus illis verbis, donatarium poteſt expellere, ſi velit, quia hæc facultas habitandi, ſive hoſpitium, ſolâ donatoris voluntate nititur, quod verba *dict. l. 32. Idque te ex mea voluntate:* indicant, quæ tamen voluntas, quia cum perſona extinguitur, meritò hæredi non poteſt obeſſe *arg. l. 4. ff. locat. l. 9. C eod.* Quod verò paulo antè dictum, ipſum donatorem non poſſe propter illa verba: *quamdiu volueris:* revocare hoſpitium, illi vehementer etiam obſtat *l. 12. princ. ff. de precar.* Ubi, non obſtante tali conventione aut verbis, ſemper poteſt revocari precarium: Verùm reſponderi poteſt

poteſt, hoſpitium differrre à precario per *all. l.* 15. §. 1. *ff. de precar.* ubi expreſſe dicitur: *Hoſpites & qui gratuitam habitationem accipiunt, non intelliguntur precariò habere*: quia precarium datur roganti, ſed hoſpitium datur ultro ex mera liberalitate, ideoque plus videtur poſſe hoſpes, ſive habitator, quàm precarii rogator: Nam ſibi imputet donator hoſpitii, qui ultro, & quidem illis verbis; *quamdiu volueris*: id alteri conceſſit.

COROLLARIA quædam ex Collegio privato ad Jurisprudentiam *Struvii* ſub Dn. PRÆSIDE habito obſervata.

I.

DEus quidem in ſuis prohibitionibus matrimonialibus *Levit. XVIII. & XX.* ad paritatem graduum non reſpexit, ſed tamen dicendum eſt, quasdam perſonas non enumeratas ſub ibidem enumeratis ex aliis, quàm paritatis graduum, rationibus contineri: *Diſſentit Struv. lib.* 1. *tit.* 6. §. 17.

II. Bello impeditis nulla currit præſcriptio, quamvis jus in aliquo loco reddatur, nec unquam interſtitium ſit interdictum. *Diſſent. Struv. lib.* 2. *tit.* 9. §. 27. *num.* 2.

III. In teſtamento apud acta condendo non ſufficit magiſtratûs præſentia, ſed locus etiam judicii deſideratur, ſicuti ad requiſitionem alicujus Nobilis de Hardenberg in an. 1698. ab hac inclyta Facultate Juridica reſponſum eſſe à Dn. Præſide percepi. *Diſſent. Struv. lib.* 2. *tit.* 15. §. 9.

IV. Mater neque in ſubſtitutione expreſſa, neque tacita excluditur à legitima. *Diſſent. Struv. lib.* 2. *tit.* 19. §. 13.

V. Exceptio ordinis creditoribus, ſpecialem hypothecam perſequentibus, non rectè opponitur. *Diſſent. Struv. lib.* 2. *tit.* 35. §. 20.

VI. Obligatio communiſſimè dividitur in merè naturalem, civilem & mixtam, *Diſſent. Struv. lib.* 3. *tit.* 1. §. 7.

VII.

VII. Jus redimendi rem cum pacto de retrovendendo venditam ſecundum Jus Civile tempore longiſſimo præſcribi poteſt. *Diſſent. Struv. lib. 3. tit. 11. §. 17.*

VIII. Communem traditionem, quod emtor non ſit obligatus, ut ſervet locationem à venditore contractam, manifeſtò eſſe erroneam, doctiſſimè enucleavit Excell. Dn. Zollius, Conſil. Haſſ. & Profeſſ. Jur. hîc Primar. in ſua Comm. ad l. 9. C. locat. cond. *Diſſent. cum plurimis Struv. lib. 3. tit. 12. §. 13.*

IX. Exceptio non numeratæ pecuniæ, utut intra ſtatutum tempus chirographo, in quo ſpecialiter cauſa mutui eſt expreſſa, ſit oppoſita, non magis, quàm alia Exceptio, eſt privilegiata, ſicuti etiam probat elegantiſſimè Conſultiſſ. Prædictus Zollius in ſuo Diſcurſ. Jurid. de Except. Non Num. Pec. theſ. 5. *Diſſent. cum aliis communiſſimè Struv. lib. 3. tit. 16. §. 6.*

X. Venditor nominis non tantùm verum, ſed etiam bonum & exigibile nomen præſtare tenetur. *Diſſent. cum aliis plurimis Dd. Struv. lib. 3. tit. 20. §. 18.*

XI. Transactio ob læſionem ultra dimidium non poteſt reſcindi. *Diſſent. Struv. lib. 4. tit. 1. §. 12.*

XII. Si jura circa ſucceſſionem varient, tunc attendenda ſunt jura loci, ubi bona hæreditaria, ſive mobilia, ſive immobilia ſunt ſita, non, ubi teſtamentum eſt conditum. *Diſſent. cum plurimis Struv. lib. 2. tit. 15. §. 14.*

XIII. In cauſis famoſis civilibus, quatenus famoſis, juramentum judiciale poteſt deferri. *Diſſent. Struv. lib. 4. tit. 12. §. 8.*

XIV. Super relictis in teſtamento, vel codicillis non poſſe transigi, niſi verba teſtamenti prius inſpiciantur & cognoſcantur, communis procul dubio eſt error. *Diſſent. cum plurimis Struv. lib. 4. tit. 1. §. 5.*

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE

Digitized by Google